

UNA RATEADA CIBERNÉTICA

Roberto Nelson Bugallo

Profesor Adjunto de Ética y Derecho a la Información, Fac. de Ciencias Sociales, UNC
Profesor Adjunto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UBA
Prof. de Derecho constitucional, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP
Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información –GECSI
www.gecsi.unlp.edu.ar, rbugallo@netverk.com.ar

Resumen. El trabajo analiza la reciente medida cautelar recaída en una acción de amparo interpuesta en Mendoza por una ONG contra Facebook Inc. en relación a la instigación a una rateada general efectuada por menores a través de esa red.

Palabras clave: redes sociales, garantías constitucionales, libertad de expresión, censura previa

Abstract. The paper analyzes a recent provisional remedy ordered in an action for infringement of fundamental rights and freedoms that an NGO filed against Facebook Inc. in Mendoza regarding minors' call to skip lessons.

Keywords: social networks, constitutional rights, freedom of speech, previous censorship

1.- Introducción

Se me pidió que hiciera un comentario sobre un fallo reciente de un Juzgado de Primera Instancia de Mendoza. La sentencia, o mejor dicho la medida cautelar, recayó sobre un pedido efectuado por una ONG de defensa del consumidor para hacer cesar de inmediato los grupos creados o a crearse por menores de edad, que propicien una rateada general en esa provincia.

La demanda fue dirigida contra la red social FACEBOOK INC por vía del amparo, y la ONG actora -PROTECTORA ASOCIACION CIVIL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR- solicitó que hasta tanto exista resolución judicial definitiva se ordene a Facebook el cierre de los grupos creados o a crearse por los alumnos de enseñanza media confabulados por esa vía, para faltar juntos a clase, lo que se conoce en Argentina como “rateada”.

Hasta aquí, mas o menos los contenidos de la presentación de la actora, que tenía como novedoso varios aspectos: 1) una asociación de defensa del consumidor que interpone una acción de amparo colectiva, 2) que además invoca para la procedencia

de la acción “*la posibilidad de existencia de una lesión a los derechos de los usuarios en conjunto...*”(sic), 3) el hecho de demandar a una de las redes sociales en Internet más difundidas, 4) el uso que los alumnos/as hacen de las nuevas tecnologías de la información y 5) el papel que el Poder Judicial –o al menos el Juzgado que intervino- adjudica a este medio de comunicación al momento de considerar la libertad de pensamiento y expresión.

La irrupción de Internet, con su enorme secuela de fenómenos ha obligado a repensar conceptos como soberanía, intimidad, delitos, propiedad intelectual etc. Ha permitido el acceso a miles de millones de informaciones, ha creado enormes redes sociales y ha vinculado a muchísimos usuarios, ha difundido masivamente textos, música, fotos, videos. Ha hecho variar el concepto del espacio y del tiempo a un grado tal como no se conoce en la historia.

Por eso, cuando aparecen intervenciones judiciales que involucran estas TICs (tecnologías de la información y la comunicación), se trata de recopilarlas y analizarlas para compartir –o disentir- buscando profundizar y ampliar el campo del Derecho aplicable a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Sin embargo, si bien ésta es la mirada inicial, no puedo dejar de efectuar algunas reflexiones sobre este fallo, que provienen más del derecho procesal, del constitucional y del convencional.

2.- Algunos aspectos procesales

2.1.- La acción de amparo y la legitimación activa

En primer lugar, la acción intentada es un amparo. Con independencia de que sea colectivo o individual, la acción de amparo se dirige “...*contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...*” (art. 43 Const. Nacional).

La acción intentada se dirige a Facebook Inc. como particular responsable de un acto (que estimo sería el de “...*permitir la creación de grupos que tienen por objeto promover la falta al ciclo escolar, sin el debido consentimiento de sus padres o la autoridad escolar...*” (sic).

Pero no se vé cómo la creación de estos grupos, alojados en Facebook, alteren, lesionen o amenacen un derecho o una garantía de los consumidores o usuarios. (¿consumidores de qué?, ¿usuarios de qué?)

Ni la demanda ni la sentencia mencionan el o los derechos o libertades constitucionales o convencionales que estarían afectados.

No hay una vinculación lógica entre la existencia de estos grupos que convocan a una rateada masiva, haciendo uso de la red social Facebook, y el acto –o la omisión- que se le imputa a este particular demandado, y mucho menos que la supuesta lesión a los derechos de los consumidores sea “manifiesta” por su arbitrariedad o ilegalidad.

Ello se corrobora simplemente con la transcripción que hace la sentencia al señalar que admite la acción de amparo por “*la posibilidad de existencia de una lesión a los derechos de los usuarios en conjunto...*”

Entiendo que el juzgado ha forzado hasta límites inaceptables la procedencia de la acción. Debió haberla rechazado “in limine” o en su caso haberla reconducido a otro procedimiento.

La copiosa cita doctrinaria que hace, no alcanza a justificar una pregunta simple: ¿qué derechos o libertades –constitucionales o convencionales- de los consumidores o usuarios se ven alterados, afectados o amenazados por Facebook de una manera manifiestamente ilegal o arbitraria?

La vía del amparo es excepcional, ya sea la prevista por la 16.986 o la mas generosa acción de amparo constitucional del art. 43. Aún así, ni en la demanda, ni en la sentencia se encuentran prácticamente ninguno de los extremos exigidos

2.2 La medida cautelar

En cuanto al análisis de la medida cautelar, la actora, pero sobre todo el sentenciante, incursiona extensamente en los requisitos de aplicación de medidas cautelares, pero al momento de señalar en concreto la verosimilitud del derecho invocado, saltea ese aspecto sin explicación alguna y pasa a desarrollar el supuesto peligro que habría en la demora en otorgar una medida cautelar.

Como adelanto de la sentencia de fondo, hay que recordar que son dos los presupuestos exigidos por la doctrina: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, a los que algunos estudiosos agregan la prestación de una contracautela.

El Juzgado da por probado el “*fumus bonis iuris*”, esto es el supuesto derecho de una asociación de usuarios y consumidores de demandar a una red social para que cierre los grupos que promueven faltar un día a clases, pero no dice cuál es el fundamento del mismo. Solo hace referencia a la legitimación dada a las ONGs por el art. 43 de la Constitución Nacional y al artículo 53 de la Ley de Defensa al Consumidor para intervenir en acciones colectivas. Pero eso es legitimación (y dudosa) de la actora y nada tiene que ver con el “*humo de buen derecho*”

Contradictoriamente, el Juez hace referencia al valor de la libertad de expresión, definiéndola como un “*...derecho tiene un anverso que es el derecho individual de cada uno de nosotros a recibir y emitir ideas, y un reverso que es el derecho colectivo de quienes reciben información...*”

Cita luego la Opinión Consultiva Nro. 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 13 de noviembre de 1985 que establece la doctrina de que “*cuando se restringe la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también es el derecho de todos a recibir información e ideas*”. Agrega además que “*se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto ésta requiere por un lado que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su pensamiento..., pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno*”.

Pero estas citas previas, que parecieran anticipatorias del rechazo a conceder la medida cautelar, quedan descalificadas por la resolución del Juzgado, desconcertando a quien busca entender los fundamentos del juzgador.

3.- La libertad de Expresión en Internet desde los Derechos Humanos

3.1 Orden Internacional

Pasando ahora al otro aspecto, esto es el uso de las nuevas TICs, con cuya irrupción es forzoso referirse a los aspectos jurídicos de Internet y su vinculación con la libertad de expresión.

Para precisarlo con palabras de Bidart Campos éste es “*el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, creencias etc., a partir de cualquier medio*”¹

Como derecho humano fundamental importa la libre circulación de ideas, opiniones e informaciones, la posibilidad de investigar y difundir dicha información por cualquier medio o procedimiento, sin que pueda limitarse por censura previa, y comprende también el derecho a no ser molestado a causa de las opiniones y el poder de manifestarse sin temor a represalias²

¹ German Bidart Campos. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, To. 1 pág. 269

² **Declaración Universal de los Derechos Humanos.** "Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre., "Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión ,Art. IV: Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio".

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 19.1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Art. 13: Libertad de pensamiento y de expresión:1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2.- El ejercicio del derecho previsto

A nivel interamericano, los máximos organismos de protección de derechos humanos (Comisión Interamericana, Corte Interamericana y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión), se han manifestado en numerosas oportunidades acerca de los alcances de este derecho.

No es intención de este trabajo reproducir conceptos acerca de la importancia tanto individual como social de la libertad de pensamiento y expresión atribuidos al art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica. Baste simplemente resaltar algunas consideraciones volcadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias más recientes:

“El contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno³.

“La libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática. La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que [...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también “conditio sine qua non” para que los partidos políticos,

en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar previamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. 3.- No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres o aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4.- Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2. 5.- Estará prohibida por ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, religión, idioma u origen nacional”.

³ Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 146; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

*los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre*⁴.

A su vez, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión refiriéndose a la censura ha señalado que “según la jurisprudencia interamericana constituyen ejemplos de censura previa, entre otros, los siguientes: la incautación de libros, materiales de imprenta y copias electrónicas de documentos, la prohibición judicial

4 German Bidart Campos. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, To. 1 pág. 269

Declaración Universal de los Derechos Humanos. "Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre., "Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión ,Art. IV: Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio".

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 19.1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Art. 13: Libertad de pensamiento y de expresión: 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar previamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. 3.- No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres o aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4.- Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2. 5.- Estará prohibida por ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, religión, idioma u origen nacional".

Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, O.C.5, párr. 70.

*de publicar o divulgar un libro, la prohibición a un funcionario público de realizar comentarios críticos frente a un determinado proceso o institución, en relación con publicaciones de Internet, la orden de incluir o retirar determinados enlaces (links) o la imposición de determinados contenidos, la prohibición de exhibir una película de cine o la existencia de una disposición constitucional que establece la censura previa en la producción cinematográfica....*⁵

Y añade, refiriéndose a la censura previa: “...el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión. Este rasgo distingue a este Tratado de otras convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, tales como la convención europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ello constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a la norma....”⁶

3.2 Orden Nacional

En el ordenamiento interno, hay dos normas que aseguran específicamente la libertad de expresión en Internet: el Decreto 1279 del año 1997⁷ dictado por el Presidente Menem y en el año 2005, la ley 26.032⁸ (presidencia de Kirchner)

⁵ Cfr. Seminario: el periodista ante el sistema Interamericano, Argentina, Sep. 2009, citando el Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) Sentencia del 5 de febrero de 2001

⁶ Cfr, Seminario citado

⁷ Dto. 1279/97 (B.O. 1-12-97) Artículo 1º-Declarase que el servicio de INTERNET, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social.

⁸ Ley 26.032 (B.O. 17-06-2005) ARTICULO 1º — La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. ARTICULO 2º — La presente ley comenzará a regir a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial.

En su momento, la Secretaría de Comunicaciones de la Nación en consonancia con lo dispuesto por el Dto. 1279, emitió una Resolución⁹ en cuyos Considerandos recuerda que: "...el gobierno Nacional pretende favorecer y acompañar el desarrollo de este sector de las telecomunicaciones, (se refiere a la red mundial Internet)..."; "...sin interferir en la producción, creación y/o difusión del material que circula por INTERNET y en un todo de acuerdo con el marco regulatorio en vigencia".

En otro de los párrafos de los Considerandos de esa misma Resolución recuerda el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, en el caso "**Reno Attorney General of the Unites States vs. American Civil Liberties Unions**", en el que se plasmaron algunos conceptos que entiende oportuno remarcar dado el tratamiento que ese país aplica en relación con la INTERNET y sus contenidos, "*que no se debería sancionar ninguna ley que abrevie la libertad de expresión*"... También se sostuvo que "*...la red INTERNET puede ser vista como una conversación mundial sin barreras. Es por ello que el Gobierno no puede a través de ningún medio interrumpir esa conversación. Como es la forma más participativa de discursos en masa que se haya desarrollado, la red INTERNET se merece la mayor protección ante cualquier intromisión gubernamental...*" Destaca el rol de los padres y educadores en el acompañamiento de los menores de edad en el aprovechamiento, descubrimiento y utilización de los beneficios de Internet como insustituible a la hora de adoptar cualquier tipo de reglamentación, advertencia, o tecnología existente hasta la actualidad.

Y el contenido de la Resolución expresa:

Artículo 1º-*Las facturas emitidas por los Internet Provider deberán incluir la siguiente inscripción: "El Estado Nacional no controla ni regula la información disponible en INTERNET. Se recomienda a los padres ejercer un razonable control por los contenidos que consumen sus hijos. Es aconsejable la consulta a su proveedor de servicios de acceso a fin de obtener el correspondiente asesoramiento sobre programas de bloqueo de sitios que se consideren inconvenientes."*

3.3.- Contenidos ilícitos y contenidos nocivos

Ahora bien, siendo estas normativas las principales que componen el marco de regulación nacional, cabe analizar lo que doctrinariamente se señala como aspectos negativos de Internet en relación a los contenidos.

Se distinguen dos tipos de contenidos que pueden encontrarse en la red:

- Contenidos ilícitos
- Contenidos nocivos, inadecuados o perjudiciales para menores.

Como contenidos ilícitos se consideran los contrarios al ordenamiento jurídico del Estado, es decir aquellos que atentan contra el bien jurídico de un país, e involucran:

- 1.- La seguridad nacional (difusión de actividades terroristas, preparación de atentados, producción de drogas ilegales...)
- 2.- La protección de la dignidad humana (incitación al odio nacional, racial o religioso, propaganda a favor de la guerra, etc.)
- 3.- La protección de los menores (pornografía, violencia, paidofilia, explotación)

⁹ Resolución 1235 de 1998 Secretaría de Comunicaciones de la Nación (B.O. 28-5-98)

4.- La seguridad de la información y de la intimidad (apropiación de datos, transmisiones no autorizadas, intrusiones, acoso electrónico, violación de la correspondencia)

5.- La seguridad económica (piratería de datos bancarios, tarjetas crediticias, fraude)

6.- La propiedad intelectual (reproducción y distribución no autorizada de obras registradas como propiedad intelectual)

Como contenidos nocivos, inadecuados o perjudiciales para menores, se entienden aquellos que, a pesar de ser legales, pueden afectar el desarrollo o la dignidad de los niños o adolescentes. En este caso las nociones de nocividad, inadecuación o perjudicialidad dependerán de diversas las concepciones sociales, culturales, morales o religiosas¹⁰

En cuanto a los contenidos ilícitos, se deja en manos de los Estados los mecanismos judiciales o policiales para reprimirlos, sin embargo, es sobre todo a partir de la autorregulación que pueden crearse dispositivos más eficaces.

Y en referencia a los contenidos nocivos, atento a la característica de Internet de ser un medio descentralizado, sin administración central, y en general carente de un órgano que lo regule o planifique su desenvolvimiento, los Estados tratan de desarrollar políticas preventivas, para que sean los usuarios los que regulen el acceso a los contenidos, y en el caso específico de los menores, sean sus padres o representantes los que establezcan la regulación de acceso sin que el Estado interfiera ya sea en la producción, creación y/o difusión del material que circula por INTERNET.

A pesar de los claros conceptos acerca de la libertad que predomina en la utilización de este medio, algunos Estados efectúan prácticas de censura sobre Internet.

Ha podido precisarse tres áreas afectadas por estas prácticas.

1.- La censura política, que en general se ejerce para evitar la difusión de informaciones o ideas de disidentes, de partidos de oposición o de defensores de Derechos Humanos.

2.- La censura social, que imposibilita acceder a la difusión de contenidos vinculados con derechos de grupos como mujeres, gays, o disidentes religiosos.

3.- La censura vinculada con razones de “seguridad nacional”, que impide el acceso a páginas relacionadas con grupos insurgentes, terroristas o disidentes.

Sin embargo, pese a las políticas represivas y a los complejos sistemas de filtrado en los servidores, muchas veces se logra sortear las barreras establecidas por los gobiernos.

Varios organismos estatales se han pronunciado enérgicamente condenando las prácticas de gobiernos que no respetan la libertad de expresión en Internet¹¹

¹⁰ En Octubre de 1996 la Unión Europea aprobó el Libro Verde sobre la Protección de los Menores y de la Dignidad Humana en los Servicios Audiovisuales y de Información y la Comunicación sobre contenidos ilegales y perjudiciales en Internet.

¹¹ Resolución del Parlamento Europeo sobre la libertad de expresión en Internet (P6_TA, 6 de Julio de 2006, Estrasburgo)

4.- El derecho en los tiempos cibernéticos

Con estos parámetros, corresponde volver a dar una mirada a la sentencia en cuestión, pero esta vez desde el punto de vista de los contenidos del Derecho que regula los aspectos informáticos.

4.1 La censura presente y la anticipatoria (¿previa?)

Básicamente, el Juzgado hace lugar a la acción promovida, entendiendo que “*la libertad de expresión es y debe ser una de las libertades preferidas en un Estado democrático...*”, pero que como todo los derechos “*...plasmados en la Constitución Nacional no son absolutos, sino que son pasibles de reglamentación razonable, el ejercicio de un derecho debe guardar armonía con los restantes. Tampoco el derecho a la libertad de expresión es absoluto; respecto del cual si bien hay un acuerdo casi unánime en sentido del no ejercicio de la censura previa, sí se han reconocido otro tipo de límites a dicha libertad tales como el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen...*” (sic) y a continuación cita tres casos jurisprudenciales resueltos por la Corte Suprema de la Nación: “Menéndez c/ Valdez” (protección de la vida privada), “Ponzetti de Balbín c/Editorial Atántida S.A.” (derecho a la intimidad) y “Campillay c/La Razón” (doctrina de la real malicia).

Sin embargo, ninguno de los tres casos invocados alcanza para aplicarse al presente, en el que, reitero, se analizaba el llamado de algunos estudiantes para faltar a clases. Frente al pedido de medida cautelar, el Juez entiende que aún sin efectuar ninguna valoración sobre el fondo de las cuestiones planteadas, el ejercicio del derecho de expresión no puede extenderse en “*detrimento de otros derechos constitucionales como la integridad física y moral de las personas...*” (¿?)

Esta visión apocalíptica de la convocatoria a una rateada general, lo mueve a tomar medidas excepcionales, similares o mayores que las que se adoptan durante un estado de sitio: le ordena a la demandada Facebook Inc, que haga cesar de inmediato los grupos que convocan a faltar a clases, con lo que contradice toda la doctrina y la normativa acerca de la libertad de expresión en Internet.

Pero además impide la creación de futuros grupos que tengan la misma o parecida finalidad. Y eso, se lo mire por donde se quiera, **es censura previa**, contraria a una pacífica y concordante jurisprudencia tanto nacional como internacional que la prohíbe expresamente, y a los preceptos constitucionales y convencionales que se refieren al punto.

Aún más, no conforme con estos extremos, el Juez continúa acelerando la marcha y determina que además debe hacerse extensiva la prohibición a otros posible grupos (creados o a crearse) que tenga como objeto que los menores de edad “*promuevan objetivos que puedan causarse daño ellos o a terceros con su accionar...*” (sic).

* Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, 2005

Esta indefinición calculada en la descripción de las conductas reprimidas dá por tierra con todo el derecho tradicional, no hay acciones típicas, se reprime, es decir se ordena a Facebook que no permita la existencia de grupos que promuevan objetivos que puedan causar daños...

No puedo dejar de relacionar estas frases con aquellas que reprimían “*todo lo contrario al sano espíritu del pueblo alemán*”

4.2.- Lo que hacen los menores y el territorio cibernético

Como una curiosidad adicional, me es forzoso referirme a la competencia territorial que el Juzgado ha entendido debe dársele a su sentencia.

Siendo el magistrado actuante un Juez provincial, la medida cautelar ordena a Facebook INC el cese de los grupos creados o a crearse por menores de edad, cuyos contenidos sean vistos en la Provincia de Mendoza o recibidos o dirigidos a menores que se encuentren en la Provincia de Mendoza.

Sin embargo, a renglón seguido cita un fallo de la Corte Suprema de la Nación, en la causa “*P.S.A. v. Prima S.A. y U.S. S.A. s/acción de amparo*”, donde el alto tribunal entendió que correspondía la competencia federal, por cuanto la difusión de las imágenes por Internet excedía el ámbito local.

Y aún con esa referencia no se priva de dictar una medida cautelar a sabiendas que no es competente.

Cabe reflexionar qué mecanismos utilizará la demandada Facebook Inc para determinar: a) que concretamente los grupos que promueven la rateada, hayan sido creados por menores de edad, b) que los futuros grupos que intenten crearse, también lo sean por menores de edad, c) que esto suceda solamente en Mendoza, d) que los contenidos de otros grupos (ya fuera de Mendoza) que promuevan las peligrosas intenciones de “*no ir a su ciclo escolar, sin el debido consentimiento de sus padres o la autoridad escolar para juntarse en un sitio específico para poder festejar el incumplimiento...*” (sic), no sean vistos en la Provincia de Mendoza

5.- Conclusiones

Quizás a algún sector social mendocino le resulte simpática esta muestra de pintoresquismo local.

Y se sientan confortados porque la justicia ha puesto final al “*alboroto social tanto en padres como en el sistema educativo...*”(sic), producto de la travesura adolescente de llamar a una rateada a través de la red social Facebook.

Sin embargo, si se analiza el fallo desde los derechos y libertades constitucionales y convencionales, o desde el derecho procesal o desde el papel que a nivel nacional e internacional que se reserva a las nuevas tecnologías, difícilmente se pueda encontrar otra sentencia tan atacable.

1.- En primer lugar la procedencia de la vía de amparo, que está reservada a actos u omisiones que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos o garantías constitucionales o convencionales. Y aquí no se determinan

cuáles son esos derechos o garantías en juego ni cómo afectan a esa asociación de usuarios y consumidores, ni tampoco surge manifiesta la arbitrariedad o la ilegalidad de la demandada Facebook Inc. ni ha quedado claro cuál es la acción u omisión de la que se la responsabiliza.

2.- Adentrándose en el análisis de la medida cautelar pedida por la actora, el Juzgado confunde la facultad de interponer una acción colectiva concedida a las asociaciones (Constitución Nacional, art. 43 y Ley de Defensa del Consumidor), con la verosimilitud del derecho como condición para su concesión.

3.- El Juzgado adelanta su posible incompetencia. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema referido a la competencia federal en un caso que involucraba a Internet en la misma Provincia de Mendoza. Sin embargo, a sabiendas, resuelve a favor la medida cautelar pedida.

4.- Hay una incongruencia total entre las citas doctrinarias, legales y jurisprudenciales. Nada de lo referido queda en apoyo de su sentencia, por el contrario, todo apuntala la postura contraria. Aún así dicta una sentencia inmotivada.

5.- El juzgador pareciera desconocer la característica principal de Internet, esto es la libertad de subir contenidos, garantizada por la legislación nacional e internacional. A pesar de ello resuelve ordenar a la red social demandada el cese de los grupos que propician determinados contenidos.

6.- El mandato judicial se extiende a los grupos “*a crearse*”. Ignora despectivamente la prohibición de censura previa y con ello la legislación interna e internacional y la afianzada jurisprudencia de los organismos nacionales y tribunales internacionales.

7.- La extensión de la medida a “*posibles otros objetos donde los menores de edad promuevan objetivos que puedan causarse daño ellos o a terceros con su acciona...*” sin establecer quién será el que determine qué causa y qué no causa daños a los menores o a terceros, incursiona en una visión totalitaria y antidemocrática, establece una categoría abierta contraria al sistema legal interno.

Podrá argumentarse que no tiene demasiado sentido detenerse en el análisis de un fallo que pareciera olvidable por su endeblez.

Sin embargo, me ha permitido recordar normativas nacionales e internacionales, posturas doctrinarias y jurisprudenciales respecto de criterios tan importantes como la libertad de pensamiento y expresión y su interrelación con estas nuevas tecnologías cada vez mas claves en la difusión de informaciones e ideas.

A fin y al cabo, si hemos podido conocer y criticar esta sentencia, lo ha sido principalmente por la divulgación masiva que le dio Internet.....